

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Análisis de la regulación del teletrabajo en el
ordenamiento jurídico ecuatoriano**

Leah Nicole Moya Quelal

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 20 de noviembre de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Leah Nicole Moya Quelal

Código: 205422

Cédula de identidad: 1751555598

Lugar y Fecha: Quito, 20 de noviembre de 2022.

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO¹

ANALYSIS OF THE REGULATION OF TELEWORK IN THE ECUADORIAN LEGISLATION

Leah Nicole Moya Quelal
nicole.quelal24@gmail.com²

ABSTRACT

RESUMEN

La presente investigación tiene el objetivo de analizar la figura del teletrabajo en el contexto del derecho laboral ecuatoriano. Para ello se emplearon diversas metodologías, entre ellas, la deductiva, cualitativa, y explicativa. Por tal, se ha establecido cómo ha sido entendida esta en la doctrina, diferenciándola del trabajo a domicilio. Por otra parte, se ha abordado sus ventajas y desventajas. Además, se efectuó un exhaustivo análisis del marco normativo ecuatoriano, y de qué forma se lo ha entendido antes y durante de la pandemia del COVID-19. Asimismo, se realizó un análisis de la legislación comparada, y su relación con diversos derechos que se relacionan con la problemática. En consecuencia, cabe destacar que, los resultados de la presente investigación evidenciaron que la legislación laboral ecuatoriana presenta varias imprecisiones y vacíos en lo que respecta al teletrabajo, que deben ser mejorados a brevedad para poder hacer un uso adecuado de esta figura.

This investigation had the objective of analyze the figure of teleworking in the context of Ecuadorian labor law. For this, various methodologies were used, including deductive, qualitative, and explanatory. It established how teleworking is understood in the doctrine, differentiating it from work from home, and its advantages and disadvantages have been addressed. In addition, an exhaustive analysis of the Ecuadorian regulatory framework was carried out, and how it has understood this modality of work before and during COVID-19 pandemic. Likewise, an analysis of the comparative legislation was carried out, and its relationship with various rights such as the right to disconnection and privacy that are related to the problem. Consequently, it should be noted that the results of this investigation showed that the Ecuadorian labor legislation presents several inaccuracies and gaps regarding teleworking, which must be improved as soon as possible in order to make proper use of this figure.

PALABRAS CLAVE

Teletrabajo, Derecho Laboral, derecho a la desconexión, derecho a la intimidad

KEY WORDS

Telework, Labor Law, right to disconnect, right to privacy

Fecha de lectura: 20 de noviembre de 2022

Fecha de publicación: 20 de noviembre de 2022

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Jorge Vásquez.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. - 2. ESTADO DEL ARTE. – 3. DIFERENCIACIÓN DEL TELETRABAJO Y TRABAJO A DOMICILIO. – 4. MARCO NORMATIVO. – 5. MARCO TEÓRICO. – 6. DERECHO A LA DESCONEXIÓN Y JORNADA LABORAL. – 7. DERECHO A LA INTIMIDAD. – 8. CONCLUSIÓN. – 9. RECOMENDACIONES.

1. Introducción

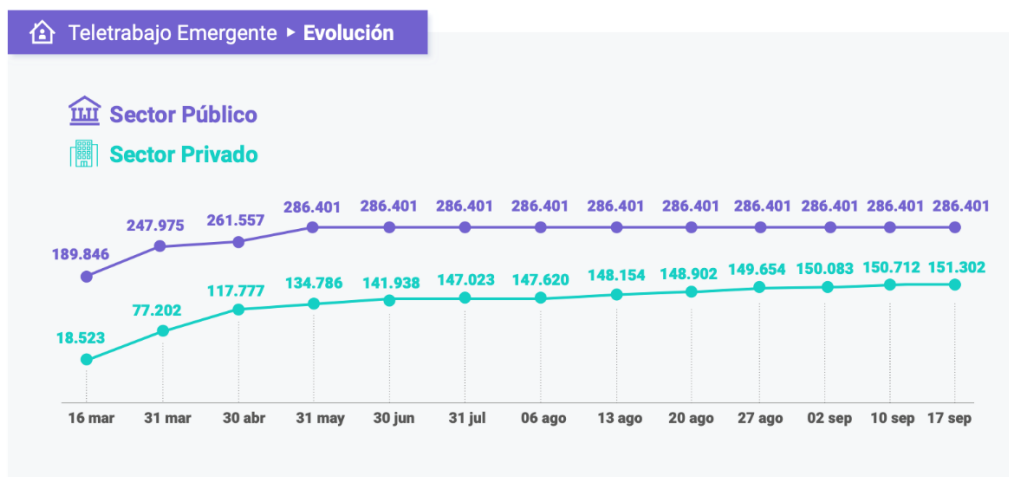
A raíz de los últimos acontecimientos producidos por la pandemia del COVID-19 en el mundo, el teletrabajo se ha constituido como una figura importante en el derecho laboral. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano esta figura carece de una regulación adecuada, lo cual perjudica a esta novedosa modalidad de trabajo, limitando a una sociedad que actualmente se encuentra dominada por la tecnología y los cambios que la modernización trae consigo³.

Una de sus primeras apariciones en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se dio en el año 2016 con la expedición del Acuerdo Ministerial No. MDT-2016-190, en el cual se presenta una regulación al teletrabajo, sin embargo, la misma no contempla todos los sectores, ni mucho menos cubre la problemática que se puede generar derivada de la aplicación del teletrabajo. Posteriormente, por la emergencia sanitaria se expidió el Acuerdo Ministerial No. 2020-081, el cual cuenta con una regulación más adecuada y hace mención de ciertos derechos que nacen como consecuencia de la modalidad virtual.

Además, aquí se hace hincapié en que la regulación al teletrabajo será dada tanto para el sector privado, como para el sector público. Lo cual fue de gran ayuda para los servidores públicos que en la pandemia se cambiaron a la modalidad virtual, ya que, según datos del Ministerio de Trabajo, hasta septiembre del 2020 más de 250,000 trabajadores del sector público se vieron impactados y tuvieron que realizar sus actividades en sus hogares como consecuencia del confinamiento.

Gráfico No.1 Número de trabajadores del sector público y sector privado que realizaron teletrabajo desde marzo a septiembre de 2020

³ Inmaculada Marín Alonso, “Digitalización e innovación tecnológica en la Administración Pública: La necesaria redefinición de los derechos de los empleados públicos”, Revista Andaluza de trabajo y bienestar social 151, 373-396 (2020)



Fuente: Ministerio del Trabajo a partir de datos del INEC⁴.

A pesar de que en el Ecuador la modalidad virtual es una figura laboral nueva, cuenta con características que se han ido estableciendo a lo largo del tiempo, las cuales son beneficiosas para la sociedad, dado que, permiten que se desarrolle una nueva cultura organizacional, al fomentar espacios de aprendizaje que incentivan a que las personas cultiven habilidades multidisciplinarias e interdepartamentales.

Asimismo, permite que se de una importancia al trabajo por objetivos, teniendo como base central a la productividad de cada trabajador más no al tiempo que se pasa realizando una actividad. Por otro lado, se presenta como una alternativa bastante flexible, ya que, se adapta a las necesidades del trabajador y del empleador. De allí la importancia de realizar un estudio sobre esta nueva modalidad, la cual se ha ido consolidando en el derecho laboral y que, según datos de la Organización Internacional del Trabajo, llegó a tener impacto en más de 23,000,000 trabajadores en toda América Latina⁵.

No obstante, si se compara la normativa existente en el Ecuador con la de países extranjeros tales como España, Francia, Colombia, entre otros. Se puede analizar que en estos países el teletrabajo es una figura que cuenta con una amplia regulación y es una modalidad de trabajo a la cual las legislaciones de cada país le han dado un gran fortalecimiento en los últimos años. Es así un claro ejemplo, Holanda en donde se ha aprobado un proyecto de ley para que el teletrabajo sea considerado como un derecho que todos los trabajadores puedan exigir, siempre y cuando las actividades que realicen sean

⁴ Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), Teletrabajo emergente (2020).

⁵ Organización de la Naciones Unidas, "Teletrabajo en América Latina: 23 millones de personas trabajaron desde casa durante la pandemia de COVID-19". Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2021/07/1494012> (Ultimo acceso: 1/11/2022)

administrativas⁶. Lo cual marca un precedente para los demás ordenamientos jurídicos en donde la normativa acerca del trabajo a distancia no se ha desarrollado.

En este contexto, surge la pregunta ¿qué implicaciones trae consigo la incompleta regulación del teletrabajo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano? Para responder a esta problemática, el presente trabajo de investigación, como primer punto, abordará las ventajas y desventajas que el teletrabajo presenta observado desde la óptica de los empleadores y de los trabajadores. Posteriormente, se llevará a cabo un análisis acerca del derecho a la desconexión y la jornada laboral, en donde se examinará su desarrollo y los beneficios que presenta para los trabajadores. Asimismo, se procederá a efectuar un estudio acerca de la delimitación del derecho a la intimidad, y lo que esto conllevaría para las partes laborales. Por último, se realizarán recomendaciones con respecto a cambios que deberían ser efectuados en la normativa actual que regula al teletrabajo.

Para esto, se empleará la investigación cualitativa, ya que, los análisis antes mencionados se llevarán a cabo mediante el estudio de cuerpos legales, doctrina, y jurisprudencia. También se utilizará la recopilación de datos acerca de experiencias y comportamientos que se vivieron en el ámbito de la pandemia COVID-19 en donde el teletrabajo alcanzó su punto culminante. Por otro lado, se aplicará la metodología explicativa, ya que, se demostrarán las falencias con las que la regulación de la modalidad virtual fue implementada. A lo largo del trabajo se utilizará la metodología comparativa de la regulación del teletrabajo en el ordenamiento ecuatoriano frente a los ordenamientos de otros países, donde esta figura laboral ya se encuentra consolidada.

2. Estado del arte

El teletrabajo es un concepto laboral relativamente nuevo en el Ecuador, que se ha dado como consecuencia del desarrollo tecnológico que se ha presentado en la sociedad. La palabra teletrabajo viene de la unión de dos palabras *telou* y *tripaliare*⁷, en griego y latín, que significan lejos y trabajo respectivamente, esto da una noción de que se trata del trabajo que se realiza de manera remota.

⁶ Eurofound, “Teletrabajo en los Países Bajos”. Disponible en: <https://www.eurofound.europa.eu/fr/publications/article/2008/telework-in-the-netherlands> (Último acceso: 2/11/2022)

⁷ Ivonne Moreno Velázquez y Keisha Caraballo, “Transformaciones Globales en el Mundo del Trabajo”, *Revista Psicologías* 2, 1-19 (2003).

El concepto teletrabajo se origina en Estados Unidos con Jack M. Nilles, que lo define como la actividad de trabajar a distancia, en donde, se debe trasladar el trabajo hacia los trabajadores en lugar de trasladarlos a ellos hacia el trabajo⁸, teniendo como precedente que la relación entre el empleado y la oficina ya venía sufriendo rupturas desde los años setenta con la crisis económica estadounidense⁹.

Durante los años noventa el teletrabajo fue considerado como “la próxima revolución en el lugar de trabajo”¹⁰, ya que, una vez que empezó a ser viable la tecnología necesaria para adecuarse a esta modalidad, permitía que el trabajo se realice en cualquier momento y desde cualquier lugar, llamando así la atención de académicos, empresarios y trabajadores, por las diversas implicaciones que este presentaba.

Según Graciela Monesterolo, hoy en día, el concepto tradicional de trabajo entendiéndolo como toda actividad humana, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra¹¹, se queda corto; puesto que, deja de lado modalidades de empleo atípico como el teletrabajo, el trabajo autónomo, entre otros. Para dar una definición clara de que es el teletrabajo se lo debe analizar desde diferentes perspectivas, dado que no existe un solo concepto universal que sea aceptado por toda la doctrina.

Francisco Rodríguez, define al teletrabajo como una actividad la cual se la realiza fuera de la sede de la empresa usando para esto las telecomunicaciones¹². Siguiendo con esta descripción Marcela Rodríguez lo define como una forma de organización del trabajo, que implica la prestación del servicio en un lugar distinto a la empresa y utiliza como principal herramienta las tecnologías de la información¹³.

Además, Rebeca Martínez Sánchez lo define como una actividad remunerada que un trabajador desempeña de acuerdo con su empleador para realizar las actividades laborales fuera de la empresa, apoyándose en las tecnologías de la comunicación para

⁸ Jack M. Nilles, *The Telecommunications-Transportation Tradeoff: Options for Tomorrow* (Charlestone: BookSurge, 1974)

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Yehuda Baruch, “The status of research on teleworking and an agenda for future research”, *International Journal of Management Reviews*, 113-129 (2001).

¹¹ Graciela Monesterolo Lencioni, *Curso de Derecho Laboral Ecuatoriano* (Loja: Biblos Lex, 2015), 29 .

¹² Francisco Antonio Rodríguez, “El teletrabajo en España ¿Trabajo subordinado o autónomo?” en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Lima: Sociedad Peruana, 2001), 228.

¹³ Marcela Rodríguez Mejía, “El teletrabajo en el mundo y Colombia”, *Revista Gaceta Laboral* 13, 29-42 (2007)

llevarlas acabo, además generalmente el lugar donde se realiza el trabajo es en el domicilio del trabajador¹⁴.

De lo anterior se puede concluir que el teletrabajo cuenta con dos características que sobresalen en común en la mayoría de las definiciones. En primer lugar, que no es necesario que el trabajador desempeñe sus funciones en el lugar donde se encuentra la compañía para la cual presta sus servicios, sino que puede realizarlas desde cualquier lugar en el que se encuentre. En segundo lugar, que, para el correcto desarrollo de las actividades laborales, los trabajadores cuentan con un gran apoyo de las tecnologías de la información y la comunicación.

3. Diferenciación del teletrabajo y trabajo a domicilio

Ahora bien, es relevante hacer hincapié en las características mencionadas, ya que, estas marcarán las diferencias del teletrabajo con otras modalidades de trabajo atípico, tal como lo es el trabajo a domicilio. A pesar de que la confusión de estos términos puede radicar en su nombre y en ciertas características que comparten, es importante tomar en cuenta que también cuentan con ciertos elementos que las diferencian.

Para comenzar, el trabajo a domicilio se lo define como aquel en el que se ejecuta el trabajo, ya sea la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, conforme a las especificaciones del empleador en el domicilio del trabajador¹⁵. De igual manera, el artículo 271 del Código de Trabajo establece que es aquel que se ejecuta por cuenta de empresas comerciales o establecimientos en la residencia del trabajador¹⁶. En este sentido, es comprensible la confusión que puede existir entre “teletrabajo” y “trabajo a domicilio”, en especial, si se toma en cuenta que tienen como característica en común que las actividades laborales se desarrollan en un lugar distinto de donde se encuentra el empleador.

A pesar de esto, ya es posible evidenciar una diferencia. En este sentido, el teletrabajo no debe ser necesariamente realizado desde el domicilio del trabajador, es más, el ya mencionado Código explica que para que se desarrolle no se requerirá la presencia física del trabajador en un lugar específico¹⁷. Al esto no ser especificado, se sobre

¹⁴ Rebeca Martínez Sánchez, “El teletrabajo como tendencia del mercado laboral”, *Retos: Revista de Ciencias de la Administración y Economía* 2, 144-155 (2012).

¹⁵ Organización Internacional del Trabajo, “El trabajo a domicilio: de la invisibilidad al trabajo decente”. Disponible en: <https://www.ilo.org/infostories/es-ES/Campaigns/Homework/working-from-home#introduction> (Último acceso: 2/11/2022).

¹⁶ Artículo 271, Código del Trabajo. R.O. Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2005.

¹⁷ Artículo innumerado después del artículo 16, CT.

entiende que el mismo podrá ser efectuado desde cualquier lugar en el que se encuentre el trabajador.

Por el contrario, también se ha considerado que el teletrabajo es una forma de trabajo a domicilio. Un claro ejemplo se encuentra en la definición dada por la Organización Internacional del Trabajo en la que se explica que el trabajo a domicilio también abarca a los trabajadores a distancia y a los trabajadores de plataformas digitales basados en el domicilio¹⁸. Esto haciendo alusión a la existencia de una relación género-especie, en la cual el primero sería el trabajo a domicilio y el segundo el teletrabajo.

No obstante, para efectos del presente artículo se tomará en consideración la postura que indica que las modalidades anteriormente mencionadas no son iguales. Esto porque, no solo presentan una clara diferencia, con respecto al lugar en el que la normativa permite que se realicen estas modalidades de trabajo, sino que también, en el trabajo a domicilio no es imperativo que el empleador suministre los materiales que vayan a ser necesarios para el desarrollo del mismo¹⁹, lo cual en el teletrabajo cuenta como obligación del empleador.

Consiguientemente, la distinción más significativa radica en el uso de las tecnologías e la información y la comunicación como herramienta principal para que se de la ejecución del teletrabajo. Según Francisco Ortiz, “Si no se utilizan las telecomunicaciones no hay teletrabajo, incluso aunque intervenga la informática”²⁰.

Por otro lado, un claro ejemplo del trabajo a domicilio pueden ser las actividades realizadas por algunos artesanos, como la confección, y el bordado de ropa, el trabajo realizado por un redactor, entre otros. Asimismo, en la regulación de esta modalidad en el Código de Trabajo, se puede analizar que la misma no cuenta con los tipos de trabajo a domicilio. A diferencia del teletrabajo en el cuál se consideran cuatro formas en las que la modalidad virtual se puede dar, que son autónomos, móviles, parciales y ocasionales²¹.

En síntesis, el teletrabajo a pesar de ser una modalidad de trabajo novedosa ya cuenta con características propias, que la hacen diferente de otras modalidades que, a pesar de compartir ciertos elementos, no llegan a tener los fundamentos necesarios para entrar en esta categoría.

¹⁸ Organización Internacional del Trabajo, “El trabajo a domicilio: de la invisibilidad al trabajo decente”.

¹⁹ Artículo 271, CT.

²⁰ Francisco Ortiz Chaparro, *El teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología* (Madrid: McGraw-Hill, 1996), 103.

²¹ Artículo innumerado después del artículo 16, CT.

4. Marco Normativo

4.1. Constitución de la República del Ecuador

Al ser la Constitución de la República, CRE, la norma suprema donde se regulan los derechos y garantías de las personas es de gran importancia tomarla en cuenta. Este cuerpo normativo contempla el derecho al trabajo, además que hace mención del trabajo también como un deber social. Asimismo, pone énfasis en que es el Estado el que debe garantizar que el trabajo se dé bajo las directrices del respeto a la dignidad de los trabajadores, remuneraciones justas y que las actividades se desempeñen en un buen ambiente²². Siendo así la Constitución una de las bases principales de la presente investigación puesto que a lo largo de la misma se analizará al trabajo no solo como un derecho, sino que se detallarán las facultades que se desprenden de su modalidad virtual.

4.2. Código de Trabajo

En el Código de Trabajo, es posible encontrar a breves rasgos una mención al teletrabajo en uno de sus artículos que se encuentra sin numeración y que fue añadido por la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario²³, en el cual, se define qué es el teletrabajo, los cuatro casos bajo los cuales el teletrabajo se puede dar, como el salario es pactado por la voluntad de las partes, los derechos de los trabajadores bajo la modalidad virtual, el derecho a la desconexión, entre otros temas. Varios de los puntos regulados en este artículo han sido producto de aquellos que fueron tratados en el Acuerdo Ministerial a causa de la emergencia sanitaria del COVID-19.

Este cuerpo normativo es de importancia para el presente trabajo, ya que, constituye el pilar fundamental del análisis al teletrabajo, además es un gran avance con lo que respecta a la regulación de la modalidad virtual, ya que, antes de que se incluyera este artículo, el teletrabajo se encontraba contemplado solo en un Acuerdo Ministerial. Sin embargo, esta regulación no abarca en su totalidad a esta modalidad y deja varios vacíos legales, en cuanto a la regulación de derechos que nacen del teletrabajo, así como a la jornada laboral, obligaciones de los teletrabajadores y de los empleadores, entre otros temas, que serán abordados a lo largo de esta investigación.

4.3. Ley Orgánica de Apoyo Humanitario

A pesar de que actualmente esta ley se encuentra parcialmente derogada, es importante destacar que en el marco de la pandemia por el COVID-19, se hicieron una serie de

²² Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

²³ Código del Trabajo. R.O. Suplemento 229 de 16 de diciembre de 2005.

cambios normativos, siendo uno de estos aquel que regulaba al teletrabajo. Esto fue necesario porque antes de la emergencia sanitaria la regulación de la nueva modalidad virtual para el sector público no se encontraba plasmada en ningún cuerpo normativo. Sin embargo, gracias a la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario²⁴ se implementó un artículo en las disposiciones reformativas, que regulaba el teletrabajo, para todos los sectores, el cual, se añadió al Código de Trabajo. Asimismo, uno de los temas más relevantes de esta adición normativa, es que se determina por primera vez que los empleadores deberán respetar el derecho a la desconexión de los teletrabajadores, además de especificar cuántas horas de desconexión deberán tener los trabajadores al ejercer este derecho.

4.4. Acuerdos Ministeriales

El primer Acuerdo Ministerial en el que el teletrabajo es mencionado data del año 2016²⁵. En este se regula al teletrabajo únicamente enfocado hacia el sector privado, lo cual es un problema, puesto que, deja por fuera al sector público. Sin embargo, la regulación realizada en este Acuerdo Ministerial es bastante completa, ya que, menciona varios puntos importantes, tales como, el contenido del contrato laboral, la naturaleza de esta prestación de servicios, la reversibilidad de la misma y sus causales, las condiciones del teletrabajo, la confidencialidad de los trabajadores, los equipos electrónicos que deberán ser necesarios para el desarrollo de esta modalidad, y la jornada laboral.

Posteriormente, dada la emergencia sanitaria del COVID-19, los trabajos en los que no fuera esencial la presencia física de los trabajadores tuvieron que ceñirse a una modalidad virtual. Debido a esto se expidió el Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-181²⁶, en el cual se explican las directrices para la aplicación del teletrabajo, conforme lo que se ha establecido en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria.

Este Acuerdo tiene grandes diferencias con el primero, ya mencionado, esto porque hace referencia al teletrabajo, no como un nuevo tipo de contrato, sino que hace énfasis en que es una modalidad que recae sobre el contrato de trabajo existente y da a entender que el carácter virtual no debe afectar las condiciones esenciales del trabajo que se han venido manteniendo tanto por los empleadores como por los empleados. De igual manera, otro cambio importante es que esta última regulación no está dada solo para el

²⁴ Ley Orgánica de Apoyo Humanitario. R.O. Suplemento 229 de 22 de junio de 2020.

²⁵ Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2016-190. R.O. Suplemento 167 de 24 de agosto de 2016.

²⁶ Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-181. R.O. Suplemento 318 de 27 de octubre de 2020.

sector privado, sino que este acuerdo abarca a todos los sectores, esto último siendo un avance positivo, puesto que, por la emergencia sanitaria habría sido erróneo dejar desamparados a los demás sectores.

Otra de las diferencias está en como se abarca al descanso laboral y las horas de trabajo. En el Acuerdo Ministerial del año 2016, se hace mención a la regulación en la jornada laboral, y se explica que el trabajador será el encargado de gestionar su tiempo de trabajo. No obstante, se establece que la jornada laboral no podrá exceder los límites mencionados en el Código de Trabajo, y que la carga laboral que se le dé a un teletrabajador debe ser equivalente a la carga laboral que reciben los trabajadores en modalidad presencial.

Por otro lado, en el Acuerdo Ministerial del año 2020 se hace mención por primera vez a un término interesante, el derecho a la desconexión. Este derecho va mucho más allá de la regulación de la jornada laboral, y es ejercido una vez que el horario laboral finaliza, momento en el que el empleador debe garantizar que el trabajador tenga un descanso de al menos doce horas continuas en un periodo de 24 horas. En este tiempo el empleador no podrá tener comunicación ni formular ordenes por ningún medio con el empleado, bajo el fundamento de que el trabajador tendrá derecho a mantener el mismo tiempo de descanso que tenía en la modalidad presencial, incluyendo la hora del almuerzo.

5. Marco Teórico

En principio cuando se analiza al teletrabajo, las opiniones de la doctrina tienden a favorecer a esta nueva figura laboral, ya que, se pueden evidenciar que son muchos más los beneficios que las desventajas que esta modalidad podría presentar. Sin embargo, para una visión holística acerca del tema es relevante realizar un análisis sobre los inconvenientes que el teletrabajo puede traer en su aplicación, esto no solo para el empleador sino también para el empleado.

5.1. Ventajas del teletrabajo

Una de las principales ventajas de esta modalidad es la flexibilidad en la organización y el uso del tiempo de los trabajadores, es decir, les da mayor libertad para que los empleados puedan adecuar su tiempo de trabajo de la manera que más les convenga. Esto trae consecuencias positivas, debido a que, la capacidad de organización de los trabajadores se estaría aclimatando y respondiendo a estos nuevos cambios permitiéndoles avanzar y adaptarse a una nueva realidad. Asimismo, esta flexibilidad

permite que se dé un mejor balance de la vida familiar con la vida laboral, siendo esto fundamental, puesto que, esto sería una motivación para los trabajadores quienes al tener menor estrés podrían mejorar su productividad laboral²⁷.

Consiguientemente, se podría evidenciar un beneficio en la parte económica, dado que, se daría una reducción de costos empresariales. Esto, ya que, los costos de las plantas físicas, internet, insumos de oficina, pagos de servicios, transporte, se verían reducidos. Esta ventaja vendría acompañada de una mayor productividad, tomando en cuenta que, se dejaría de desperdiciar tanto tiempo invertido en desplazamientos, distracciones, interrupciones, reuniones infructuosas, etc. También disminuiría el absentismo laboral, puesto que, muchas veces el trabajo se ve estancado por la ausencia de los trabajadores sin planificación, esto haciendo que se dé un bajo rendimiento laboral²⁸.

Se presenta otra ventaja, ya que, se promueve la inclusión social, permitiendo el acceso a un trabajo digno a las personas con discapacidad, personas en situaciones de vulnerabilidad y a personas privadas de la libertad. Según García y Burgos con respecto a la inclusión del teletrabajo, este les permitiría, a varios grupos de personas, llevar a cabo algunas tareas que de otra manera no podrían realizar, posibilitando un acceso al trabajo que de otra manera hubiera sido impensable²⁹.

Por ende, esto ayudaría no solo a que las personas ya antes mencionadas sean tratadas con igualdad, sino que también contribuiría a que se active la economía del país. En el caso de las personas privadas de la libertad, se les proporcionaría las herramientas y capacitaciones necesarias durante el tiempo que pasen en los centros penitenciarios, para que posteriormente se facilite una apropiada reinserción social. Como ejemplo de esto tenemos a Colombia que recientemente firmó el pacto por el teletrabajo, en el cual junto con el sector justicia se plantea capacitar a los reclusos para que puedan acceder a un trabajo digno mediante la modalidad virtual³⁰.

De igual manera, una ventaja para los empleadores constituiría la proyección internacional, en el sentido en que, la modalidad virtual les permitiría interactuar con

²⁷ Juan Pablo Landa Zaparain, “La incidencia de la normativa sobre flexibilidad interna en una organización del trabajo innovadora”, en *Flexibilidad interna e innovación en la empresa*, ed. Juan Pablo Landa (Madrid: Dykinson, 2016), 283.

²⁸ Francisco Ortiz Chaparro, *El teletrabajo. Una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, 124.

²⁹ Mercedes García, Camino Burgos, *Teletrabajo y discapacidad* (Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001), 15.

³⁰ Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, “Los cinco beneficios del teletrabajo que todo empresario debe saber”. Disponible en: <https://teletrabajo.gov.co/622/w3-article-11180.html> (Último acceso: 2/11/2022).

clientes y proveedores a nivel global, lo cual les da la posibilidad a las empresas para que crezcan y puedan tener acceso a mejores profesionales que se encuentren más capacitados³¹. Sin necesidad de que estos vivan en el mismo país que el lugar de origen de la empresa, sino que pueden encontrarse en diferentes lugares del mundo, y aun así aprovechar sus conocimientos en el ámbito laboral.

5.2. Desventajas del teletrabajo

Por otro lado, a pesar de que las ventajas son varias, cierta parte de la doctrina hace un análisis acerca de cómo las desventajas son mayores a los beneficios que el teletrabajo pueda presentar. Por un lado, es posible que se presente una violación al derecho de la intimidad y privacidad del trabajador. Ambos son derechos humanos fundamentales que están reconocidos en la Constitución, los cuales explican que las personas tienen derecho a excluir o negar a otros el conocimiento de ciertos aspectos de su vida³². A pesar de que las herramientas tecnológicas nos sirven como instrumentos de comunicación, muchas veces pueden ser utilizadas de manera invasiva por los empleadores, provocando que se dé una intrusión en la vida personal de los trabajadores.

Un caso relacionado con lo explicado anteriormente que se pudo ver en el ámbito de la pandemia fue al inicio del confinamiento, cuando los empleadores obligaban a sus trabajadores a mantener la cámara encendida al momento de encontrarse en reuniones, produciendo malestar e incomodidad entre los empleados.

Según un estudio realizado por la Asociación Americana de Psicología, en el que se analizó la disminución del rendimiento y la productividad de los trabajadores en la modalidad virtual³³. Los trabajadores experimentaron esta baja de eficiencia porque se les hacía más difícil el poder concentrarse al verse obligados por sus empleadores a prender sus cámaras por largos periodos de tiempo. Asimismo, se demostró que sentían frustración por tener que mantenerse inmóviles en un mismo sitio por varias horas y muchas veces se sentían incómodos debido a que ellos no querían mostrar su ámbito familiar o su hogar a sus compañeros de trabajo.

Adicionalmente, otra desventaja es la violación al derecho de descanso. El cual se puede encontrar en el Acuerdo Ministerial del año 2020, mismo que habla sobre el

³¹ María Auxiliadora Palacios González, “El teletrabajo: hacia una regulación garantista en el Ecuador”, (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017), 13.

³² María Elena Ramírez, “Derecho a la intimidad. Análisis en la Normativa Ecuatoriana” (Tesis de maestría, Universidad del Azuay, 2011), 27.

³³ Kristen Shockley et al, “The fatiguing effects of camera use in in virtual meetings: A within-person field experiment”, *Journal of Applied Psychology* 106, 1137-1155 (2021)

derecho a la desconexión y en donde se establece que una vez que la jornada laboral estipulada en el contrato haya terminado, el trabajador tendrá derecho a la desconexión, que será de al menos 12 horas continuas en un periodo de 24 horas. Haciendo énfasis en que, en los momentos de descanso, el empleador no podrá comunicarse con el trabajador o pedirle que realice trabajos que vulneren este derecho³⁴. Esto delimitando el tiempo en el que el trabajador debe completar su jornada laboral y los horarios en los que el empleador pueda pedirle ciertos requerimientos fuera de las horas de trabajo.

Siguiendo con esta idea, otra de las desventajas del teletrabajo que debe tomarse en cuenta es la aparición de afectaciones físicas y psicológicas en los trabajadores debido a un exceso de carga laboral. Se ha establecido que una correcta regulación y control del derecho a la desconexión puede evitar saturación mental o lo que se conoce como *burnout*.

Para que los trabajadores puedan gozar de este derecho plenamente, se debería tomar en cuenta como una prioridad la salud mental de los mismos. En este sentido, se deberían hacer cambios en los cuerpos normativos en los cuales se debería incluir como una de las obligaciones del empleador el contratar a un trabajador social y un psicólogo industrial, esto para procurar el bienestar mental de los trabajadores³⁵. Esta ayuda psicológica se la puede ver desde dos perspectivas, la primera de manera positiva, dado que, se estaría brindando un servicio beneficioso para velar por el estado mental de los trabajadores. Por otro lado, si se lo ve desde la óptica del empleador podría ser vista como una desventaja, ya que, este tendría un incremento en los costos de trabajadores, al tener que contratar a personal capacitado para que se encarguen de realizar estos controles.

Además, una desventaja que se podría presentar para el empleador se corresponde con los gastos excesivos que tendría que enfrentar para proveerle a cada trabajador de los insumos necesarios. Sin embargo, entre los insumos necesarios para que se lleven a cabo las actividades laborales, no solo deberían estar las herramientas tecnológicas físicas tradicionales tales como computadoras, tabletas y celulares.

Sino que también podrían contar como insumos los programas informáticos tales como Word, Excel, Power Point, Adobe Flash Player, y aquellos que sean necesarios para el correcto desarrollo del teletrabajo. Además, dado que, todo el trabajo estaría respaldado en los equipos tecnológicos, estos deberían contar con aplicaciones que

³⁴ Artículo 5, Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-181.

³⁵ María Claudia Sánchez “El teletrabajo en Ecuador. Reflexiones desde el Estado constitucional de derechos” (Tesis maestría en Derecho Laboral Universidad Andina Simón Bolívar, 2022), 33.

garanticen la seguridad de la información, por lo cual, también sería obligación de los empleadores proveer de estos programas a cada teletrabajador.

Para concluir, es claro que el teletrabajo cuenta tanto como con beneficios como con desventajas, sin embargo, al ser una modalidad que está innovando día a día el ámbito laboral es necesario seguir con un estudio constante acerca de las variables que presenta, para así poder en un futuro contar con una regulación adecuada. En la que se traten de manera más clara los perjuicios que el teletrabajo puede presentar, para que, estos sean corregidos y así se pueda dar una correcta implementación de esta modalidad en la vida laboral de las personas.

6. Derecho a la desconexión y jornada laboral

Como ya se menciona anteriormente, el derecho a la desconexión es un tema de gran importancia en el ámbito del teletrabajo, por lo que, debe contar con una regulación innovadora para que se puedan desarrollar las actividades laborales de la mejor manera. Por ende, al momento de analizar la jornada laboral se debe hacer un cambio con respecto a las formas tradicionales de control de la misma, puesto que, estas ya no serían idóneas utilizarlas en la modalidad virtual. Sin embargo, antes de entrar a ese estudio, se debe tener claro el concepto de este derecho y lo que abarca.

En primer lugar, se debe observar que a pesar de que los teletrabajadores cuentan con los mismos deberes y obligaciones que los trabajadores en modalidad presencial, los primeros por el hecho de que su herramienta principal de trabajo sean las tecnologías de la información y la comunicación, están expuestos de sobremanera, a prolongados períodos de tiempo conectados a aparatos tecnológicos, tales como la computadora, tabletas, celulares, entre otros. Este uso excesivo de dispositivos electrónicos deriva en que los trabajadores puedan ser contactados en cualquier momento por sus empleadores, lo cual provocaría una afectación a las horas establecidas de descanso con las que cada trabajador cuenta.

A pesar de que se piensa que el derecho a la desconexión o también llamado derecho a la desconexión digital es un término nuevo en el ámbito laboral y en los ordenamientos jurídicos, no es del todo cierto, dado que, estos son una evolución de un derecho que ya existía y que ya se encontraba regulado, el cual es el derecho al descanso. Según la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 24 expresa que

todos los seres humanos tienen derecho a disfrutar del tiempo libre, así como a una limitación razonable de la jornada laboral y a vacaciones periódicas³⁶.

El derecho al descanso se lo puede definir como el derecho que tienen los trabajadores a no ser contactados por sus empleadores por fuera del límite de la jornada laboral, a través de ningún medio, sin que esta negativa a cumplir con estas ordenes tenga consecuencias en la relación laboral³⁷. Así pues, es un derecho que nace con la finalidad de regular y delimitar a las jornadas laborales para que los trabajadores no sufran abusos, con respecto al tiempo en el que deben trabajar una vez que hayan terminado de completar su horario ya establecido en el contrato de trabajo, por parte de sus empleadores.

Asimismo, el Código de Trabajo indica que los trabajadores deben tener un límite en la jornada laboral y descansos imprescindibles³⁸. De la misma manera, la mencionada normativa, también nombra que en los días y horas en las que el descanso sea obligatorio el empleador no podrá solicitarle al trabajador que realice alguna actividad, a menos que sean las excepciones previstas en el artículo 52 del mismo Código³⁹. Con respecto a esto se puede analizar que a medida que el ámbito laboral se desarrolla y cambia gracias a la tecnología, también lo hacen los derechos y muchas veces evolucionan como en el caso del derecho al descanso.

Sin embargo, no se puede negar que el reconocimiento de estos derechos es un paso importante en esta nueva era digital, que debe ir acompañado de mecanismos efectivos para hacerlos realidad. Teniendo en cuenta además que una de las características de los derechos laborales es que siempre están en constante evolución. Por lo tanto, aún se necesita una regulación más amplia, con respecto al control que se debe efectuar acerca de la carga de trabajo que reciben los empleados, como de los mecanismos de control efectivos para que los empleadores no contacten a sus trabajadores sobre asuntos laborales durante sus horas de esparcimiento.

En otros países de la región también se ha tratado de dar una regulación a este nuevo derecho, sin embargo, de manera muy parecida al Ecuador han tenido grandes fallos, siendo un claro ejemplo Colombia. Según la ley 1221 de 2008 la cual tiene por objeto “promover y regular el Teletrabajo como un instrumento de generación de empleo

³⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución, Asamblea General de las Naciones Unidas, 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

³⁷ Luz Naranjo Colorado, “Vicitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: Un análisis desde la base del derecho laboral”, *Revista Saber, Ciencia y Libertad* 12, 49-57 (2017)
<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/saber/article/view/1531/1131>

³⁸ Artículo 50, CT.

³⁹ Artículo 62, CT.

y autoempleo mediante la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones”⁴⁰. En su artículo 6 numeral 1, se establece que, dada la naturaleza especial del teletrabajo, a los trabajadores que laburen bajo esta modalidad no les serán aplicables las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno⁴¹. Con respecto a lo mencionado, se evidencia una violación directa al derecho a la desconexión, exponiendo a los teletrabajadores a situaciones en las cuales se puedan ver explotados laboralmente por la carga de trabajo que les sea asignada, de igual forma se vulnera su derecho a la igualdad al no tener que recibir pagos por las jornadas extras o nocturnas que estos realicen a diferencia de sus compañeros que trabajen en modalidad presencial.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-103/21, analiza que “con independencia de que el teletrabajo sea verificable o no, se pueden pactar horarios que deben respetar unos mínimos como es el caso de las normas sobre la jornada laboral”⁴². Este punto es relevante, debido a que, la Corte entiende que al quedar a discreción del empleador el regular las horas máximas de trabajo, este podría aumentar la jornada laboral a una carga de horas que no serían compatibles con la ley. Además, explica que a pesar de que el teletrabajo no se ve tan regulado por el control de la jornada laboral, como el trabajo en modalidad presencial, dado que no se cuenta con la inspección directa del empleador, esto no significa que la carga laboral no importe.

Justamente es en el teletrabajo donde debe haber más control con respecto a cuanto tiempo de descanso tienen los trabajadores, tomando en cuenta que, se pueden dar mas arbitrariedades por el hecho del uso excesivo de la tecnología, en donde el empleador se puede sentir con el derecho de comunicarse con el trabajador fuera de las horas pactadas de trabajo.

Por otra parte, hay países que cuentan con una mejor regulación con respecto al derecho a la desconexión. Un claro ejemplo sería la legislación de varios países europeos, como Francia, en donde en 2016 se aprobó la Ley 2016-1088 o también conocida como Ley *Khomri* la cual reformó la redacción del artículo que hablaba sobre la obligación que tienen las empresas de contar con negociaciones anuales con los colectivos de trabajadores para garantizarles igualdad⁴³. En esta reforma se incluyó al derecho a la

⁴⁰ Ley 1221 de 2008 [En la cual se regula y promueve al teletrabajo], R.O. N/D del 16 de julio de 2008.

⁴¹ Artículo 6, Ley 1221 de 2008.

⁴² Causa No. C-103/21, Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, 21 de abril de 2021, pág 5.

⁴³ Luz Naranjo Colorado, “Vicitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: Un análisis desde la base del derecho laboral”, 50.

desconexión como parte de estas negociaciones anuales, siendo necesario que el empleador implemente mecanismos para regular el uso de la tecnología, con el fin de garantizar el adecuado derecho al descanso de los trabajadores⁴⁴.

A pesar de que esto fue un avance innovador en materia de derechos laborales, cuenta con ciertas fallas, esto porque en el Código de Trabajo francés se dice que las negociaciones anuales son solo obligatorias para aquellas empresas que cuentan con una organización sindical⁴⁵, por ende, se estaría dejando sin esta protección a un sector de los trabajadores que no cuentan con representación de una organización sindical.

Vale la pena hacer una mención breve de otra regulación peculiar de este derecho, como lo es aquella dada por el Parlamento Europeo. Esta institución parlamentaria emitió una resolución en la cual se incluía una propuesta sobre la regulación al derecho a la desconexión, que, al ser un derecho fundamental de los trabajadores en modalidad virtual, debería formar parte de los nuevos contratos de trabajo que se hagan a futuro⁴⁶. Una de las regulaciones más novedosas es la implementación de un sistema diferente en el control y conteo del horario laboral, que ya no sería medido de manera tradicional por franjas horarias, sino que va a ser medido por cada hora que sea llevada a cabo realizando actividades laborales.

De la misma manera, se dicta que es el trabajador quien debe, de manera clara y escrita, dar toda la información con respecto a su tiempo de descanso, para que así se pueda llevar un conteo del tiempo de desconexión y de las horas trabajadas. Adicionalmente, se pretende que esta regulación se dé de la mano de la ayuda psicológica que los trabajadores puedan necesitar y de medidas de concienciación que los empleadores puedan requerir⁴⁷.

Cabe tomar en cuenta que, tal y como se debe dar una evolución en los derechos que regulan al teletrabajo, también es necesario un avance en las herramientas utilizadas para el control de la jornada laboral de los trabajadores. Los mecanismos utilizados para la regulación del horario de trabajo en la modalidad virtual no serían los mismos que los que actualmente son usados para el control en la modalidad presencial. Considerando que, los trabajadores ejecutan sus tareas de manera distinta en el teletrabajo que en el

⁴⁴ *Ibid*, 51.

⁴⁵ *Ibid*, 51.

⁴⁶ Derecho a la desconexión, Resolución del Parlamento Europeo, P9_TA0021, 21 de enero de 2021.

⁴⁷ *Ibid*.

trabajo tradicional⁴⁸, esto debido a que cuentan con libertad en la administración del tiempo en el que realizan sus actividades laborales y que la importancia del trabajo realizado se ve reflejada en los resultados satisfactorios que el trabajador le entregue al empleador, más no en el proceso del mismo.

Sin embargo, que el trabajador posea esta independencia al momento de disponer de su tiempo de la manera que desee, no deja abierta la puerta para que el empleador se valga de esto y abuse de la potestad de comunicarse con el trabajador al momento que crea necesario, en específico, fuera del horario que se mantenía en modalidad presencial. El empleador deberá respetar el horario de oficina en el que le corresponde asignar las tareas de acuerdo a su competencia y controlar que estas se lleven a cabo.

Es interesante realizar un estudio sobre la implementación del control a las horas de trabajo, dado que nace la pregunta ¿es necesario tener una constancia del tiempo que el trabajador ha invertido en el teletrabajo? En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el Código de Trabajo explica que el conteo de las 8 horas que serán consideradas como tiempo de trabajo serán aquellas donde el trabajador esté a disposición del empleador cumpliendo sus ordenes⁴⁹. Sin embargo, en el caso del teletrabajo el tiempo utilizado para realizar las actividades requeridas en el trabajo pasan a un segundo plano frente a la importancia que tienen los resultados, en otras palabras, no tendría tanta relevancia el proceso mientras que en los resultados se muestre el buen desempeño de los empleados.

Empero, ¿qué sucedería si la productividad disminuye como consecuencia de la modalidad virtual? ¿con qué parámetros serían regulados estos casos y cuales serían las consecuencias? Según un estudio realizado a más de 10.000 empleados de empresas tecnológicas asiáticas, se encontró que la productividad que estos tenían en modalidad virtual se vio con un descenso del 20% comparada con la modalidad presencial, y concluyeron que las jornadas laborales de estos trabajadores eran más largas. Esto porque pasaban un 30% más trabajando de manera virtual que cuando trabajaban *in situ* en sus empresas⁵⁰. Sin embargo, muestra que los trabajadores presentaron esta disminución en su productividad porque su derecho a la desconexión no fue respetado debidamente, ya que, sus jornadas laborales fueron mucho más largas que en la modalidad presencial.

⁴⁸ María Auxiliadora Palacios González, “El teletrabajo: hacia una regulación garantista en el Ecuador”, (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017), 66.

⁴⁹ Artículo 61, CT.

⁵⁰ Gibbs et al, “Work from Home & Productivity: Evidence from Personnel & Analytics Data on IT Professionals”, Chicago Booth Research Paper, 13-21 (2021)

Si se analiza, en el Código de Trabajo, el artículo que regula al teletrabajo, no se hace mención a las causales por las cuales el empleador pueda dar por terminado el teletrabajo⁵¹. Por otro lado, el artículo 172 del ya mencionado Código, que habla sobre las causales para que el empleador pueda terminar el contrato de trabajo, tampoco hace alusión a la baja productividad del trabajador en la modalidad virtual⁵².

Por su parte, el Acuerdo Ministerial del año 2016, si cuenta con una regulación acerca del incumplimiento del teletrabajador en su labor, es así, que en su artículo 6 menciona que será una causal de reversibilidad del teletrabajo, “la desobediencia reiterada o falta de cumplimiento de objetivos por parte del teletrabajador”⁵³. Esta última parte del artículo claramente podría ser considerada como la falta de productividad en los empleados, y a pesar de no ser una regulación muy clara, trata de esclarecer un poco los vacíos encontrados en el tema.

Cabe mencionar, la dificultad en dos situaciones que se presentan y que de la misma manera cuentan con vacíos que no permiten que se dé una correcta regulación legal. La primera, está relacionada con el control de la jornada laboral en el caso de la jornada nocturna o de la jornada extraordinaria, y la segunda es con respecto a la jornada laboral si llegará a ocurrir un accidente de trabajo. En el primer caso, el anteriormente mencionado Acuerdo del año 2016, en su artículo 12 explica que es el empleador quien debe tener los mecanismos para lograr llevar un conteo adecuado respecto del pago de horas extras, y jornada nocturna⁵⁴. Por otro lado, en el Código de Trabajo, el artículo que regula al teletrabajo menciona que los trabajadores que se encuentren en esta modalidad gozarán de todos los derechos individuales y colectivos contenidos en el mencionado Código⁵⁵. A pesar de que no cuenta con una regulación explícita acerca del pago de las jornadas nocturnas o las jornadas extras, se puede sobre entender que las mismas se encontrarían amparadas por el mismo Código.

Consiguientemente, el artículo 13 y 14 hablan sobre el control que el empleador deberá realizar con respecto del lugar donde el empleado vaya a ejercer el teletrabajo, ya que, deberá ser un lugar que cumpla con las condiciones de seguridad e higiene dispuestas en la normativa vigente, para que la salud de los mismos no este en riesgo⁵⁶, sin embargo,

⁵¹ Artículo innumerado después del artículo 16, CT.

⁵² Artículo 172, CT.

⁵³ Artículo 6, Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2016-190.

⁵⁴ Artículo 12, Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2016-190.

⁵⁵ Artículo innumerado después del artículo 16, CT.

⁵⁶ Artículo 13, Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2016-190.

no menciona nada acerca de cómo se mantendría el teletrabajo con respecto a posibles accidentes que una vez dados incapaciten al trabajador, a pesar de aún encontrarse trabajando desde su hogar.

7. Derecho a la intimidad

En las relaciones laborales confluye un vínculo entre dos partes, empleador y trabajador respectivamente. El primero es quien ejerce un poder de subordinación frente al trabajador. Mientras que el segundo, se encuentra limitado a seguir las instrucciones de este. Sin embargo, por el mismo hecho de ser una relación donde una parte se ve sometida frente al poder que tiene la otra⁵⁷, siempre se ha encontrado regulada para que no se den arbitrariedades por parte del empleador. No obstante, los cambios en esta era digitalizada que han traído como resultado al teletrabajo, también han traído una serie de problemas respecto a la delimitación de las relaciones laborales. Poco a poco en esta nueva realidad virtual, la línea que divide al derecho al control que tiene el empleador sobre el empleado con la violación del derecho a la intimidad del trabajador se vuelve borrosa.

La intimidad es un concepto abstracto, que está definido por un tema subjetivo con respecto a lo que cada persona considera que es público y privado. La Corte Constitucional de Colombia señala que la intimidad es un derecho, el cual “protege espacios privados en los que un individuo desarrolle actividades que solo les conciernen a sus intereses”⁵⁸. Siguiendo con esta idea, el Tribunal Constitucional Español define a la intimidad como “el ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, el cual es necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana”⁵⁹. Según esto la intimidad sería tomada como un estándar para poder definir si la calidad de vida de una persona es buena o mala, dependiendo de cuan respetado sea este derecho.

En adición, con respecto al derecho a la intimidad, la Corte Constitucional de Ecuador menciona que,

Este derecho implica la existencia, goce y disposición de una esfera reservada exclusivamente para el individuo, misma que le permita desarrollar libremente, es decir, sin injerencias externas, ni arbitrarias, su personalidad en los distintos ámbitos que componen a su vida⁶⁰

⁵⁷ Ruth Adriana Ruiz Alarcón, “Teorías que explican la subordinación”, *Revista Temas Socio-Jurídicos* 27, 84-92 (2010)

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-364/18.

⁵⁹ Sentencia No.231/1988, Tribunal Constitucional de España, Sala Segunda del Tribunal Constitucional, 2 de diciembre de 1988.

⁶⁰ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 2064-14-EP/21.

En tal virtud, la intimidad se convierte en una necesidad, misma que nace no solo como un concepto laboral. En este sentido, es correcto afirmar que existe para que se dé una adecuada regulación, y evitar que se generen arbitrariedades. Es por esto que, se produce cierta confusión al momento de limitar la injerencia que puede tener el empleador sobre la vida de sus empleados, al encontrarse legitimado a ejercer su derecho al control.

Al existir un contrato de trabajo, el empleador ejerce sobre el trabajador, la potestad de reglamentación e inspección⁶¹, sin embargo, el hecho de que el empleador cuente con estas facultades, no quiere decir que pueda extralimitarse al ejercerlas. Las medidas de control que pueden ser aplicadas hacia el trabajador son varias, y en su mayoría están constituidas por la vigilancia de la jornada laboral, la ejecución de medidas disciplinarias, dictar ordenes, entre otras⁶². Empero, las medidas de vigilancia, en especial los mecanismos usados para este control son las que más relacionadas están con el control abusivo de parte del empleador y la pérdida del derecho a la intimidad por parte del trabajador.

Se pensaría que, en escenarios digitales, como lo es el teletrabajo, el control de la jornada laboral no se daría de manera excesiva, dado que, los trabajadores al no estar en la empresa de manera presencial no estarían sujetos a una inspección, sin embargo, los empleadores han descubierto nuevos mecanismos con los cuales mantener este control aún desde casa.

Uno de los mecanismos más polémicos que se han planteado utilizar los empleadores ha sido la video vigilancia y la grabación de sonido, la cual es una herramienta que presuntamente sirve para la verificación del cumplimiento de las obligaciones y deberes del trabajador⁶³. Esta vigilancia funciona mediante el uso de una cámara web que estaría instalada en una computadora proporcionada por la empresa, o en la computadora del trabajador que sea utilizada para el trabajo, todo esto con el conocimiento del trabajador⁶⁴.

⁶¹ Alfredo Montoya, “El poder de dirección del empresario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 48, 135-145 (2004).

⁶² *Ibid*, 138.

⁶³ Federico Navarro Nieto, “Las facultades de control a distancia del trabajador: video vigilancia y grabación de sonido”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social* 15, 71-89 (2019).

⁶⁴ *Ibid*, 73.

De esta manera el empleador puede controlar la presencia del empleado, al menos cuando se requiera que el mismo desempeñe sus funciones laborales⁶⁵. Con esta forma de vigilancia, en teoría se esperaría que los trabajadores pasen las 8 horas de su jornada laboral sentados frente a su dispositivo electrónico, lo cual tendría un impacto negativo en el desarrollo del teletrabajo, ya que, sería la prolongación del presentismo laboral en la modalidad virtual.

De lo anterior se analiza que la vigilancia por video mostraría una contradicción con respecto a una de las características principales del teletrabajo, que como ya se menciono anteriormente, es que los trabajadores tienen libertad acerca de como manejan la distribución de su tiempo. Tomando en cuenta que lo importante en esta modalidad es que los trabajadores cumplan con el trabajo asignado y así muestren que tienen la misma, o una mayor, productividad laboral que en la modalidad presencial.

Por otro lado, si se implementase la video vigilancia, debería ser únicamente en los medios tecnológicos proporcionados por la empresa, puesto que, es el empleador el que debería proveer los recursos electrónicos que sean necesarios para que se pueda llevar el teletrabajo de la mejor manera. Como ya se mencionó anteriormente, esto se encuentra regulado en el Código de Trabajo en el que expresamente dice “el empleador deberá proveer los equipos, elementos de trabajo e insumos necesarios para el desarrollo del teletrabajo”⁶⁶. Sin embargo, no existe regulación alguna si se diera el caso en el que el trabajador decida utilizar sus propios equipos tecnológicos, asimismo tampoco existe un control con respecto a las sanciones que tendría el empleador en caso de que le exigiera al trabajador que use sus insumos personales para que lleve acabo el teletrabajo.

En España en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, se encuentra reconocido el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, en el cual se regula temas como los criterios que deberán ser establecidos para que se de la utilización de los dispositivos digitales, respetando los estándares mínimos de protección a la privacidad. De la misma manera se da una respuesta a como se daría el control del acceso por parte del empleador al contenido de los dispositivos, y que los trabajadores deben estar de acuerdo con los mecanismos de control propuestos por el empleador⁶⁷.

⁶⁵ José Francisco Etxeberria Guridi y Ixusko Ordeñana Gezuraga, “Videovigilancia: ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados”, *Universidad del País Vasco*, 39-56 (2011).

⁶⁶ Artículo innumerado después del artículo 16, CT.

⁶⁷ Artículo 87, Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, R.O. N/D de 5 de diciembre de 2018.

Ahora bien, en un artículo posterior se hace énfasis en el control por video vigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo⁶⁸, sin embargo, al hacer un análisis de esta regulación se puede concluir que no esta diseñada para ser aplicada en el caso del teletrabajo. Este control hace alusión a que la video vigilancia se realizará de manera que se colocaran cámaras en el lugar de trabajo del empleado, pero al ser el teletrabajo una modalidad en la cual la actividad laboral se puede realizar desde el domicilio o desde cualquier lugar que sea de la elección del trabajador, no funcionaría el colocar cámaras de video, ya que, no se cuenta con un lugar determinado de trabajo en donde las cámaras puedan ser instaladas.

Siguiendo con esta idea, otro de los mecanismos de los que se ha hablado, es la geolocalización. Aquí el dispositivo que se encuentre con el geo localizador podrá ser rastreado y se podrá establecer en cualquier momento la posición del mismo, los desplazamientos que ha tenido de un lugar a otro, cuanto tiempo se demoró en estos desplazamientos y los tiempos de espera⁶⁹.

De igual manera que con la video vigilancia, la geolocalización también se encuentra regulada en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales de España. Aquí se establece que los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de este mecanismo, siempre y cuando tengan en cuenta la dignidad de los trabajadores y los límites que las leyes les imponen, además de manera previa los empleadores deberán informar a los trabajadores de forma expresa y clara sobre la existencia y las características de estas herramientas de control⁷⁰. Sin embargo, dejan claro que esto sería aplicable solo en caso de que los dispositivos electrónicos que vayan a contar con la instalación del geo localizador hayan sido provistos por el empleador.

Por otro lado, la Organización Internacional del Trabajo menciona la importancia de garantizar la protección de los datos personales y la vida privada de los trabajadores. Por ejemplo, explican que los trabajadores tienen derecho a tener conocimiento de en que van a ser utilizados sus datos personales, tienen derecho a ser informados acerca de los datos personales que sean de su interés, así como derecho a que sus datos erróneos sean rectificadas o borrados⁷¹. Es por esto por lo que en el caso de que

⁶⁸ Artículo 89, *ibid.*

⁶⁹ Santiago González Ortega, “Las facultades de control a distancia del teletrabajador: geo localizadores y tacógrafos”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social* 15, 45-70 (2019).

⁷⁰ Artículo 90, Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

⁷¹ Oficina Internacional del Trabajo, Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT: Protección de los datos personales de los trabajadores, Organización Internacional del Trabajo, 1 de septiembre de 1997

el empleador decida utilizar uno de los mecanismos anteriormente mencionados, deberá ser de total conocimiento del trabajador y contar con su aprobación expresa, de lo contrario eso constituiría un delito.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, este derecho se encuentra reconocido en la Constitución, cuando indica que el Estado reconoce y garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar⁷². Debido a la relevancia del mismo, también se encuentra previsto en el Código Orgánico Integral Penal, COIP, en donde se menciona la sanción derivada de la violación a la intimidad, la cual es de pena privativa de libertad de uno a tres años⁷³.

Por otro lado, en el Código del Trabajo, el artículo innumerado que regula al teletrabajo, no hace mención del derecho a la intimidad a profundidad, en cambio solo hace referencia al control del empleador cuando dispone “en esta modalidad el empleador ejercerá labores de control y dirección de forma remota y el trabajador reportará de la misma manera”⁷⁴. Por ende, ya que, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no cuenta con una regulación de los mecanismos de control, como la video vigilancia y el geolocalizador, los mismos no podrían ser aplicados en ningún caso por parte del empleador, es más, el tratar de aplicarlos, a pesar de que los trabajadores tengan conocimiento de los mismos, constituiría una violación a los derechos expresados en la Constitución.

8. Conclusiones

El estudio llevado a cabo en el presente trabajo de investigación ha permitido que se llegue a varias conclusiones. Por una parte, que la manera en la cual está regulado el teletrabajo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es bastante básica, tomando en cuenta que, hasta ahora, solo cuenta con un artículo, mismo que no se encuentra numerado, en el Código de Trabajo. En tal virtud, tanto el derecho a la desconexión como el derecho a la intimidad, que son derechos fundamentales para los trabajadores en modalidad virtual, se ven perjudicados.

A pesar de que la figura del teletrabajo ha sido implementada hace poco en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ha realizado cambios en las relaciones entre los trabajadores y los empleadores, esto teniendo como consecuencia que se hayan visto alteradas las relaciones de dependencia y de subordinación de las partes. Por ende,

⁷² Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

⁷³ Artículo 178, Código Orgánico Integral Penal [COIP]. R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

⁷⁴ Artículo innumerado después del artículo 16, CT.

también ha cambiado la manera en la que se han empezado a desarrollar las actividades laborales. Esta regulación incompleta por parte del legislador es peligrosa, porque permite que se den arbitrariedades en contra de una parte que se encuentra en desventaja en la ya mencionada relación de poder.

Estos perjuicios que puede sufrir el trabajador demuestran claramente la necesidad de proteger a los derechos que envuelven al teletrabajo, tal como lo es el derecho a la desconexión. Es por esto que lo regulado en el Código de Trabajo acerca de este tema se vuelve insuficiente. Se requiere una regulación más detallada y específica, ya que, al no contar con la misma, se caen en imprecisiones jurídicas y vacíos legales.

Entre algunos puntos con los que este artículo no cuenta y son importantes mencionar, destacan el control de la jornada laboral, las consecuencias que puede enfrentar el trabajador al no aceptar órdenes por fuera del horario establecido y el manejo responsable de las herramientas tecnológicas. Con respecto al primero de estos, se deduce que los métodos tradicionales de control pasan a ser obsoletos en el ámbito del teletrabajo. De esta manera, dependerá del empleador implementar nuevas medidas que considere apropiadas para la inspección del horario de trabajo, o mantenerse con formas similares de control a las que manejaba en modalidad presencial.

Esto porque, como se ha analizado a lo largo de la investigación, el teletrabajo es una modalidad donde se priorizan los resultados y la productividad de los trabajadores, por sobre el cumplimiento de las ocho horas de trabajo. Este es justamente enfoque que los empleadores deberían manejar, ya que, a medida que se desarrollan a la par los avances tecnológicos y la sociedad, estas formas tradicionales de control van a volverse anticuadas y se significará un retroceso en materia de Derecho Laboral al insistir en su aplicación.

Por otro lado, el hecho de que en ningún cuerpo normativo se encuentre algún tipo de regulación acerca de las consecuencias que debería enfrentar el empleador al no respetar y garantizar el derecho a la desconexión, y hacia los mecanismos que pueden utilizar los empleados para protegerse en caso de no tener la disposición de trabajar por fuera del horario establecido, deja en indefensión al trabajador, exponiéndolo a las arbitrariedades que se puedan presentar por parte del empleador.

Por otro lado, al analizar legislación comparada con respecto al derecho a la desconexión, se pudo observar que muchos de la región tampoco cuentan con una regulación amplia. No obstante, son los países europeos los que más hincapié han hecho en su regulación, mostrando las ventajas que la tecnología presenta para el mundo laboral,

cuando los derechos para asegurar el bienestar de los trabajadores son respetados y normados.

Respecto al derecho a la intimidad, el cual también cuenta como un pilar fundamental en el teletrabajo, ya que, se constituye en favor de los trabajadores y ayuda a que se limiten las arbitrariedades que se pueda dar por parte del empleador. Igualmente se establece como una necesidad para el buen vivir de las personas que se encuentren en teletrabajo.

La importancia de la protección que se le debe dar a este derecho radica en dos cuestiones. La primera, es que la intimidad se constituye como parte de uno de los factores para que las personas cuenten con dignidad humana. Mientras que la segunda se vincula con la relación de poder desmedido, que se da en las situaciones laborales, donde el empleador quiere ejercer su derecho al control de sus trabajadores de manera que atenta en contra de lo que considera que es su esfera privada e íntima.

Por consiguiente, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano debería realizarse una regulación expresa acerca de los límites de este derecho, tanto para el empleador cuando se encuentre en ejerciendo su derecho de control, como para el trabajador, cuando se vea atentada su vida privada. Asimismo, se debería realizar un control de los mecanismos de inspección que sean adoptados por el empleador y, en que casos, estos podrían ser aplicados en el ámbito del teletrabajo.

Por otra parte, durante la investigación se presentaron algunas limitaciones. Una de ellas fue la poca doctrina que existe en el Ecuador con respecto a los derechos que se deben ver protegidos en el teletrabajo, así como la inexistencia de datos que muestren de que manera los empleadores realizaron el control e inspección de los trabajadores durante la pandemia cuando miles de trabajadores se vieron forzados a aceptar trabajar de manera virtual.

Por todo lo anteriormente mencionado, se concluye en que el teletrabajo es una modalidad de trabajo que necesita contar con una regulación adecuada, debido a que los avances tecnológicos son fenómenos que no pueden ser evitados, en especial en áreas que forman parte del día a día del ser humano, y que han venido para facilitar la vida de los trabajadores. Asimismo, el Derecho Laboral por su naturaleza debe adaptarse constantemente a los cambios sociales, caso contrario se volvería obsoleto. Para el efecto, debe otorgar normas claras y objetivas que no permitan la especulación y libre interpretación a conveniencia de las partes en conflicto.

9. Recomendaciones

Una vez analizada la regulación del teletrabajo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se proponen las siguientes recomendaciones:

1. Se recomienda reformar el artículo innumerado después del artículo 16 que regula al teletrabajo, en los siguientes términos:

a. Primero, con respecto al pago de horas nocturnas y horas extra en la modalidad de teletrabajo, se sugiere: “Los trabajadores que prestan servicios de teletrabajo, gozarán de todos los derechos individuales y colectivos. De igual manera, deberán ser reconocidos con el pago adecuado de horas nocturnas y horas extraordinarias que hayan realizado, así como los beneficios sociales contenidos en este Código, cuyas normas les serán aplicables en tanto no sean incompatibles con las contenidas en el presente artículo”.

b. Respecto al derecho a la desconexión, se sugiere: “El empleador se encuentra en la obligación de garantizar el derecho del teletrabajador a la desconexión digital, lo cual implica que el trabajador no estará obligado a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos por ningún medio electrónico, sin que esta negativa tenga consecuencias hacia el mismo. El tiempo de desconexión deberá ser de al menos doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas. De igual manera, en ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones, ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores. Este derecho solo se podrá ver afectado por el empleador, cuando se constituya una causal del artículo 52 del presente Código”.

c. Con respecto al derecho a la intimidad, se sugiere: “El empleador se encuentra en la obligación de respetar y garantizar el derecho a la intimidad, por lo cual, no podrá extralimitarse en su potestad de control y vigilancia. De igual manera, los trabajadores tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador. Asimismo, bajo ningún caso se permitirá la instalación de mecanismos de control tales como sistemas de localización o sistemas de grabación de imagen y sonido, en los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador”.

d. Con respecto a las consecuencias por la baja o nula productividad del trabajador en el teletrabajo se sugiere: “El empleador tendrá la facultad de volver a la

modalidad presencial, previo visto bueno, cuando se de desobediencia reiterada o la falta de cumplimientos de objetivos por parte del teletrabajador”.

2. Se recomienda que haga una reforma al artículo 42 del Código de Trabajo en los siguientes términos:

a. Incluir como una de las obligaciones del empleador lo siguiente: “Proporcionar a personal capacitado para velar por la salud mental de los teletrabajadores, tales como un psicólogo industrial y un trabajador social, quienes estarán encargados de hacer seguimiento a los casos de *burn out* o problemas relacionados con el teletrabajo que se puedan presentar”.

b. Incluir en el Reglamento Interno de la institución, organización o empresa capacitaciones para poner en conocimiento de los trabajadores el uso de herramientas tecnológicas, la responsabilidad que conlleva utilizarlas como medio de trabajo, y las áreas para las cuales podría ser viable el teletrabajo.